

A criação de conselhos profissionais e a delegação da atividade de fiscalização de profissões regulamentadas

Felipe Nogueira Fernandes

Advogado da União.

Resumo: Os conselhos profissionais são entidades que se destinam ao controle e fiscalização de determinadas profissões regulamentadas. Embora venham exercendo suas atividades há bastante tempo, a natureza jurídica dessas entidades é objeto de grande controvérsia. O Supremo Tribunal Federal considerou que, por se tratar de função típica de Estado, o controle e a fiscalização do exercício de atividades profissionais não poderia ser delegado a entidades privadas. Disso resultou o entendimento de que os conselhos profissionais teriam natureza autárquica. Portanto, não seriam meros entes de colaboração, mas pessoas jurídicas de direito público. Não havendo qualquer exceção constitucional, é possível concluir que a lei não poderia excepcionar tais entidades da aplicação do regime jurídico que a Constituição reserva para as pessoas jurídicas de direito público. Diante disso, conclui-se que as leis que atribuíam poderes estatais típicos para entidades associativas de caráter privado não teriam sido recepcionadas pela Constituição de 1988 e que, em havendo necessidade de descentralização administrativa da atividade de regulação e fiscalização de atividades profissionais, deveriam ser criadas entidades autárquicas integralmente submetidas ao regime que a Constituição impôs às pessoas jurídicas de direito público que compõem a Administração indireta.

Palavras-chave: Conselho profissional. Natureza jurídica. Autarquia. Fiscalização de profissões regulamentadas. Organização administrativa.

Sumário: Introdução – Da competência – Da natureza das atividades – Da descentralização – Do regime jurídico – Conclusão – Referências

Introdução

A Constituição de 1937, inspirada no fascismo italiano, autorizou a delegação de funções típicas do poder público para sindicatos e associações profissionais (art. 138).¹ As Constituições que se seguiram (art. 159 da

¹ Art. 138. A associação profissional ou sindical é livre. Somente, porém, o sindicato regularmente reconhecido pelo Estado tem o direito de representação legal dos que participarem da categoria de produção para que foi constituído, e de defender-lhes os direitos perante o Estado e as outras associações profissionais, estipular contratos coletivos de trabalho obrigatórios para todos os seus associados, impor-lhes contribuições e exercer em relação a eles funções delegadas de Poder Público.

Constituição de 1946;² art. 159 da Constituição de 1967;³ e art. 166 da Constituição de 1969⁴) mantiveram a possibilidade de exercício de funções delegadas do poder público por associações profissionais ou sindicais.

Durante esse longo período em que vigorou a autorização constitucional para a delegação de funções típicas de Estado para sindicatos e associações profissionais, foram constituídos os chamados conselhos profissionais, com a atribuição de normatizar e fiscalizar o exercício de determinadas profissões regulamentadas, além da prerrogativa de cobrar contribuições necessárias à sua manutenção.

Todavia, a Constituição de 1988 não renovou essa autorização, em vigor desde a Constituição de 1937, deixando de prever qualquer possibilidade de delegação de poderes estatais para associações profissionais.

Na tentativa de suprir a ausência de norma constitucional autorizadora de delegação de funções típicas de Estado para as associações profissionais, lançou-se mão de lei ordinária, mais especificamente o art. 58 da Lei nº 9.649, de 1998.⁵

Porém, essa tentativa de manter o *status quo* dos conselhos profissionais como espécies de associações de caráter privado restou frustrada por decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI nº 1.717, que declarou inconstitucionais o *caput* do art. 58 da Lei nº 9.649, de 1998, assim como os seus §§1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º. Segundo concluiu o Excelso Pretório, a Constituição de 1988 impede a delegação de atividades típicas de Estado para entidades privadas.

Ocorre que a atribuição de personalidade jurídica de direito público aos chamados conselhos profissionais resulta em importantes

² Art. 159. É livre a associação profissional ou sindical, sendo reguladas por lei a forma de sua constituição, a sua representação legal nas convenções coletivas de trabalho e o exercício de funções delegadas pelo Poder Público.

³ Art. 159. É livre a associação profissional ou sindical; a sua constituição, a representação legal nas convenções coletivas de trabalho e o exercício de funções delegadas de Poder Público serão regulados em lei. §1º Entre as funções delegadas a que se refere este artigo, compreende-se a de arrecadar, na forma da lei, contribuições para o custeio da atividade dos órgãos sindicais e profissionais e para a execução de programas de interesse das categorias por eles representadas.

⁴ Art. 166. É livre a associação profissional ou sindical; a sua constituição, a representação legal nas convenções coletivas de trabalho e o exercício de funções delegadas de poder público serão regulados em lei. §1º Entre as funções delegadas a que se refere este artigo, compreende-se a de arrecadar, na forma da lei, contribuições para custeio da atividade dos órgãos sindicais e profissionais e para a execução de programas de interesse das categorias por eles representados.

⁵ Art. 58. Os serviços de fiscalização de profissões regulamentadas serão exercidos em caráter privado, por delegação do poder público, mediante autorização legislativa.

consequências quanto ao funcionamento dessas entidades, haja vista a repercussão sobre o seu regime jurídico.

Diante desse quadro, é relevante avaliar o regime jurídico a que devem se submeter os conselhos profissionais para que continuem a desempenhar as atividades de normatização e fiscalização de profissões regulamentadas.

Da competência

Em seu art. 5º, inciso XIII,⁶ a Constituição da República assegura o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, desde que atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

A competência legislativa para estabelecer normas relativas às condições para o exercício de profissões foi atribuída à União, conforme dispõe o inciso XVI do art. 22 da Carta de 1988.⁷

Por força do art. 21, XXIV, da Constituição,⁸ também cabe à União cuidar da inspeção do trabalho, o que inclui o poder-dever de fiscalizar o exercício de profissões, em especial aquelas cujo exercício demanda o atendimento de condições fixadas por lei federal.

Por conseguinte, compete à União legislar a respeito do exercício de profissões, assim como fiscalizar o cumprimento da legislação que estabeleça condições para o exercício de atividades profissionais.

Da natureza das atividades

A fiscalização do exercício de atividades profissionais implica o desempenho de *poder de polícia*, do qual é sucedâneo o poder de punir os profissionais que atuarem em desacordo com as normas que regulem o exercício da respectiva atividade.

Neste ponto, cabe transcrever o seguinte trecho de decisão do Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 953.127/SP:⁹

⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

⁷ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...] XVI - organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões;

⁸ Art. 21. Compete à União: [...] XXIV - organizar, manter e executar a inspeção do trabalho;

⁹ Fonte: *DJe*, 1º set. 2010.

1. Os conselhos profissionais têm poder de polícia, inclusive nos aspectos de fiscalização e sanção. Precedentes.

As contribuições impostas aos profissionais sob fiscalização dos conselhos, normalmente denominadas de “anuidades”, têm evidente natureza de tributo, cujo conceito encontra-se previsto no art. 3º do Código Tributário Nacional.¹⁰ É firme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal¹¹ no sentido de que as contribuições recolhidas pelos conselhos profissionais são tributos, classificadas como contribuições de interesse das categorias profissionais, nos termos do art. 149 da Constituição.¹² Por conseguinte, devem ser estabelecidas por lei, conforme o art. 150, inciso I, da Carta de 1988.

É pertinente reproduzir o seguinte excerto da decisão do Supremo Tribunal Federal no MS nº 21.797:

Natureza autárquica do Conselho Federal e dos Conselhos Regionais de Odontologia. Obrigatoriedade de prestar contas ao Tribunal de Contas da União. Lei 4.234/64, art. 2º. C.F., art. 70, parágrafo único, art. 71, II. II. - Não conhecimento da ação de mandado de segurança no que toca à recomendação do Tribunal de Contas da União para aplicação da Lei 8.112/90, vencido o Relator e os Ministros Francisco Rezek e Maurício Corrêa. III. - Os servidores do Conselho Federal de Odontologia deverão se submeter ao regime único da Lei 8.112, de 1990: votos vencidos do Relator e dos Ministros Francisco Rezek e Maurício Corrêa. IV. - As contribuições cobradas pelas autarquias responsáveis pela fiscalização do exercício profissional são contribuições parafiscais, contribuições corporativas, com caráter tributário. C.F., art. 149. RE 138.284-CE, Velloso, Plenário, RTJ 143/313. V. - Diárias: impossibilidade de os seus valores superarem os valores fixados pelo Chefe do Poder Executivo, que exerce a direção superior da administração federal (C.F., art. 84, II). VI. - Mandado de Segurança conhecido, em parte, e indeferido na parte conhecida.

Especificamente em relação à natureza tributária das anuidades cobradas pelos conselhos profissionais, assim já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça:

¹⁰ Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

¹¹ RE nº 613.799 AgR; Al nº 768.577 AgR-segundo; e MS nº 21.797.

¹² Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, §6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

A contribuição social de interesse das categorias profissionais são (*sic*) de natureza tributária e como tal devem observar as limitações constitucionais ao poder de tributar. (REsp nº 928.272/PR)¹³

O pagamento de anuidades devidas aos Conselhos Profissionais constitui contribuição de interesse das categorias profissionais, de natureza tributária, sujeita a lançamento de ofício. (REsp nº 1.235.676/SC)¹⁴

Portanto, não há dúvida de que as atividades inerentes ao poder cometido aos conselhos profissionais, em particular o poder de polícia e a competência para fiscalizar e arrecadar tributos, constituem funções típicas da Administração Pública.

Conforme exposto, o Supremo Tribunal Federal concluiu pela impossibilidade de delegação de atividades típicas de Estado, tais como o exercício do poder de polícia, de tributar e de punir, para entidades privadas. Cabe aqui reproduzir o seguinte trecho do acórdão proferido por ocasião do julgamento da ADI nº 1.717:

1. Estando prejudicada a Ação, quanto ao §3º do art. 58 da Lei nº 9.649, de 27.05.1998, como já decidiu o Plenário, quando apreciou o pedido de medida cautelar, a Ação Direta é julgada procedente, quanto ao mais, declarando-se a inconstitucionalidade do “caput” e dos §1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do mesmo art. 58. 2. Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados.

Disso se conclui que os conselhos profissionais constituídos como associações de caráter privado não podem exercer funções típicas de Estado. Eventuais leis que assim prevejam são inconstitucionais ou, se anteriores à Constituição de 1998, devem ser consideradas como não recepcionadas.

Da descentralização

Diante de sua indelegabilidade a entidades de natureza privada, as atividades típicas de Estado só podem ser exercidas pela União,

¹³ Fonte: *Dje*, 04 nov. 2009.

¹⁴ Fonte: *Dje*, 15 nov. 2011.

Estados, Distrito Federal ou Municípios, conforme as suas respectivas competências constitucionais, ou por entidades com personalidade de direito público constituídas mediante lei, integrantes da Administração indireta (art. 37, XIX, CRFB).¹⁵

Por conseguinte, no caso específico da fiscalização de profissões regulamentadas e da fiscalização e arrecadação de contribuições de interesse das categorias profissionais, trata-se de atividade que só pode ser desempenhada diretamente pela União, através de seus órgãos, ou por entidade autárquica criada por lei de iniciativa do Presidente da República (art. 61, §1º, III, “e”, CRFB).¹⁶ Cabe mencionar que, embora a Constituição tenha mencionado expressamente apenas a criação de ministérios e órgãos, é pacífico o entendimento de que a iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo também abrange os projetos de lei que objetivem criar as entidades que compõem a Administração Pública indireta, como autarquias, fundações públicas e empresas estatais. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal¹⁷ já decidiu que a disciplina normativa pertinente ao processo de criação, estruturação e definição das atribuições dos órgãos e entidades integrantes da Administração Pública traduz matéria que se insere, por efeito de sua natureza mesma, na esfera de exclusiva iniciativa do Chefe do Poder Executivo, em face da cláusula de reserva inscrita no art. 61, §1º, inciso II, alínea “e”, da Constituição.

No que concerne às autarquias, José dos Santos Carvalho Filho sustenta, com respaldo no art. 61, §1º, inciso II, alínea “e”, da Constituição, que a sua criação depende de lei de iniciativa do Poder Executivo:

A lei de criação da autarquia deve ser da iniciativa privativa do Chefe do Executivo. De acordo com a regra constitucional [Art. 61, §1º, II, “e”, CF] cabe ao Presidente da República a iniciativa das leis que disponham sobre criação, estruturação e atribuições dos Ministérios e órgãos da Administração Pública, sendo essa regra aplicável também a Estados e Municípios. Além disso, a criação de pessoas administrativas é matéria própria de administração

¹⁵ Art. 37. [...] XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;

¹⁶ Art. 61. [...] §1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que: [...] II - disponham sobre: [...] e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI;

¹⁷ ADI nº 1.391/SP.

pública, razão por que ninguém melhor do que o Chefe do Poder Executivo para aferir a conveniência e a necessidade de deflagrar o processo criativo.¹⁸

Disso decorre a inconstitucionalidade formal de todos os projetos de lei de iniciativa parlamentar que se proponham a criar conselhos profissionais. Em se tratando de entidades autárquicas, só podem ser criadas por leis de iniciativa do Poder Executivo.

Como visto, a delegação das atividades atualmente executadas pelos chamados conselhos profissionais deve decorrer de *descentralização administrativa*, mais precisamente mediante a criação de entidades autárquicas especificamente para essa finalidade.

Sobre o tema, cito a seguinte passagem da obra de Raquel Melo Urbano de Carvalho:

Com a declaração de inconstitucionalidade do artigo 58, que atribuía personalidade de direito privado aos Conselhos de Fiscalização, entende-se, permissa venia dos entendimentos contrários, que estas entidades apresentam natureza autárquica, malgrado seu substrato pessoal. Irrepreensível é a lição de Ricardo Teixeira do Valle Pereira ao explicitar que as autarquias são como longa manus do Estado e normalmente são criadas para desempenhar atividades típicas da Administração, as quais não podem ser trespassadas para pessoas jurídicas de direito privado. São, portanto, instrumentos de descentralização administrativa, aos quais deve o Estado obrigatoriamente recorrer quando se mostra presente a necessidade de repassar uma atividade que é tipicamente sua a outra pessoa jurídica (distinta da União, dos Estados, Distrito Federal ou Município).¹⁹

No atual panorama constitucional, para que possam realizar a atividade de fiscalização do desempenho de profissões regulamentadas e cobrar eventuais contribuições corporativas, os conselhos profissionais devem ter personalidade jurídica de direito público. Em outras palavras, devem ser concebidos como verdadeiras autarquias.

Do regime jurídico

Na medida em que os conselhos profissionais são criados com o objetivo de fiscalizar o exercício de profissões regulamentadas, desempenham

¹⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 442.

¹⁹ CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de direito administrativo: parte geral, intervenção do Estado e estrutura da Administração*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 678.

uma parcela do poder que a Carta Magna atribuiu à União. Consequentemente, devem integrar a Administração Pública federal indireta e, pelas razões já expostas, ter personalidade jurídica de direito público.

Neste ponto, cabe mencionar a lição de José dos Santos Carvalho Filho:

Diante disso, pode afirmar-se que toda pessoa integrante da Administração Indireta é submetida a controle pela Administração Direta da pessoa política a que é vinculada. E nem poderia ser de outra maneira. Se é a pessoa política que enseja a criação daquelas entidades, é lógico que tenha que se reservar o poder de controlá-las. Por esse motivo é que tais entidades figuram como se fossem satélites das pessoas da federação.²⁰

Do ponto de vista constitucional, não é admissível que tais conselhos profissionais tenham personalidade jurídica de direito privado e, ao mesmo tempo, gozem de prerrogativas próprias do Estado. Como já exposto, a atual Constituição não mais prevê a possibilidade de exercício, por associações profissionais ou sindicais, de funções delegadas do poder público.

Nesse contexto, a criação de conselhos profissionais com natureza autárquica seria uma forma de descentralizar uma atividade administrativa que não pode mais ser delegada a associações profissionais de caráter privado.

Sobre esse tema, é pertinente transcrever trecho da obra de Marçal Justen Filho:

Em princípio, todas as atividades administrativas relacionadas diretamente com a promoção de direitos fundamentais ou com o exercício de poderes de coerção jurídica devem ser reservadas para sujeitos dotados de personalidade jurídica de direito público. [...]

A forma de direito privado destina-se ao desempenho de atribuições que não importem o exercício de poderes autoritativos, privativos e próprios da autoridade pública. Ou seja, a definição da forma pública ou privada da entidade dependerá da natureza das necessidades coletivas a serem atendidas.²¹

Por consequência, quando conveniente a sua criação, os conselhos profissionais devem ser concebidos como pessoa jurídica de direito público integrantes da Administração Pública federal indireta.

²⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 374.

²¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 158-159.

No entanto, não basta que a lei afirme que os conselhos profissionais têm personalidade jurídica de direito público para que, a partir de então, essas entidades possam continuar operando sem alteração substancial em seu modo de funcionamento. Considerando que os conselhos profissionais devem ser criados por lei para desempenhar uma atividade tipicamente estatal, devem submeter-se *integralmente* ao regime jurídico de direito público estabelecido constitucionalmente.

A Constituição não deixa margem para que autarquias de fiscalização profissional se submetam a um regime híbrido. Todas as autarquias devem necessariamente obedecer às regras que a Constituição de 1988 impôs às pessoas de direito público. Não havendo qualquer exceção no texto constitucional, é evidente que a lei não pode criar uma pessoa de direito público e excluí-la da observância do regime jurídico que a Constituição atribuiu a tais entidades. Disso resultam importantes consequências.

Como todas as demais autarquias, as entidades destinadas à fiscalização de profissões regulamentadas devem ser criadas por lei de iniciativa do Presidente da República para compor a estrutura administrativa da União na qualidade de entidades integrantes da Administração Pública indireta (art. 37, XIX, e 61, §1º, II, “e”, CRFB); os seus servidores devem ser admitidos mediante concurso público, ressalvados os cargos comissionados (art. 37, incisos II e V, CRFB); suas contratações devem observar a legislação pertinente às licitações e contratos administrativos (art. 37, inciso XXI, CRFB); as suas receitas e despesas devem constar da lei orçamentária da União (art. 165, §5º, inciso I, CRFB); além de estarem obrigadas a prestar contas aos órgãos federais de controle (arts. 70 e 71, CRFB). Além disso, diante da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI nº 2.135, os servidores das autarquias também devem submeter-se ao regime jurídico único. Como a Constituição não excepciona qualquer autarquia do cumprimento desses dispositivos, torna-se evidente que também devem ser obedecidos pela lei que venha a instituir entidades destinadas à fiscalização de profissões regulamentadas.

Sobre a aplicação do regime jurídico único aos servidores de autarquias de fiscalização profissional, é relevante destacar o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça (REsp nº 356.710/RJ):²²

²² Fonte: DJ, p. 649, 26 fev. 2007.

2. Antes do advento da Lei nº 9.649/98, que definiu como sendo de direito privado a natureza jurídica dos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas, esta Corte já havia assentado a compreensão de que os servidores das aludidas entidades, classificadas como autarquias especiais, estavam submetidos ao regime jurídico único.

4. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIN nº 1.717/DF, Relator o Ministro Sydney Sanches, DJU de 28/3/2003, ao declarar a inconstitucionalidade do artigo 58 da Lei nº 9.649/98, reafirmou a natureza jurídica de direito público dos serviços de fiscalização de profissionais regulamentados.

Cabe mencionar que o regime jurídico das autarquias admite particularidades. Há certa margem para que as leis que instituam essas entidades detalhem o regime a ser aplicado a cada uma. Nada impede, por exemplo, que o processo de escolha dos seus dirigentes ocorra mediante voto dos integrantes da respectiva categoria econômica, sem ingerência da Administração direta. Porém, é certo que a lei não poderia criar entidades autárquicas de “regime especial” quando isso significar o descumprimento das normas de hierarquia constitucional. Como não há exceção prevista no texto constitucional, as leis que criarem autarquias, independentemente de sua finalidade, não podem violar a moldura jurídica que a Constituição conferiu às entidades de direito público.

Isso não significa que tais conselhos profissionais de natureza autárquica sejam destituídos de qualquer autonomia. Pelo contrário, a sua criação só se justifica quando for conveniente que o serviço de fiscalização de profissões regulamentadas seja executado de forma descentralizada, por pessoa jurídica criada para essa finalidade específica.

A lei que instituir cada conselho profissional pode conferir-lhe maior ou menor grau de autonomia, da mesma forma que as demais autarquias também podem se sujeitar a um regime diferenciado em relação àquele comumente atribuído a essa espécie de entidade. No entanto, a lei que criar um conselho profissional não pode excepcionar a aplicação das normas que a Constituição reservou às pessoas jurídicas de direito público.

Por conseguinte, os gestores públicos devem avaliar a conveniência de criar conselhos de fiscalização profissional, tendo em vista a sua natureza de verdadeiras autarquias federais, o que implica a assunção,

pela União, dos custos inerentes à descentralização administrativa. Da mesma maneira, os gestores também devem sopesar a necessidade de manter os conselhos que já existem. Considerando que o ordenamento jurídico não admite a delegação de função típica de Estado a uma entidade associativa de natureza privada e não sendo possível que as autarquias tenham uma natureza híbrida, os conselhos profissionais criados pelo poder público devem ser convertidos em verdadeiras autarquias, com todas as implicações daí decorrentes, ou simplesmente extintos, se assim exigir o interesse público.

Por outro lado, é pertinente destacar que as leis anteriores à Constituição de 1988 que atribuíam funções típicas de Estado para conselhos criados como associações profissionais de caráter privado devem ser consideradas como não recepcionadas pela atual ordem constitucional. Trata-se de consequência que decorre logicamente da conclusão emanada da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI nº 1.717.

Nada impede que sejam criadas entidades associativas de natureza privada, na forma do art. 8º da Constituição da República,²³ com a finalidade de defender os interesses de determinada categoria profissional. Todavia, em se tratando de pessoas jurídicas de direito privado, não podem gozar das prerrogativas próprias do Estado, nem executar suas funções típicas. O que não é admissível, diante do sistema constitucional vigente, é a criação de conselhos corporativos como entidades de natureza *quase privada* com poderes e prerrogativas que a Constituição só outorgou às pessoas de direito público. Não é suficiente que a lei as defina como entidades públicas. Conforme já exposto, a atribuição de natureza autárquica a determina entidade implica

²³ Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: I - a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical; II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município; III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas; IV - a assembléia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei; V - ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato; VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho; VII - o aposentado filiado tem direito a votar e ser votado nas organizações sindicais; VIII - é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei.

o cumprimento compulsório das normas constitucionais que foram reservadas para essa categoria de pessoa jurídica.

Exceção deve ser feita apenas em relação à Ordem dos Advogados do Brasil que, segundo já decidiu o Supremo Tribunal Federal (ADI nº 3.026), não integra a Administração Pública, sendo um “serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro”. Cabe aqui transcrever o seguinte trecho da referida decisão do Supremo Tribunal Federal:

2. Não procede a alegação de que a OAB sujeita-se aos ditames impostos à Administração Pública Direta e Indireta. 3. A OAB não é uma entidade da Administração Indireta da União. A Ordem é um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro. 4. A OAB não está incluída na categoria na qual se inserem essas que se tem referido como “autarquias especiais” para pretender-se afirmar equivocada independência das hoje chamadas “agências”. 5. Por não consubstanciar uma entidade da Administração Indireta, a OAB não está sujeita a controle da Administração, nem a qualquer das suas partes está vinculada. Essa não-vinculação é formal e materialmente necessária. 6. A OAB ocupa-se de atividades atinentes aos advogados, que exercem função constitucionalmente privilegiada, na medida em que são indispensáveis à administração da Justiça [artigo 133 da CB/88]. É entidade cuja finalidade é afeita a atribuições, interesses e seleção de advogados. Não há ordem de relação ou dependência entre a OAB e qualquer órgão público. 7. A Ordem dos Advogados do Brasil, cujas características são autonomia e independência, não pode ser tida como congênere dos demais órgãos de fiscalização profissional. A OAB não está voltada exclusivamente a finalidades corporativas. Possui finalidade institucional. 8. Embora decorra de determinação legal, o regime estatutário imposto aos empregados da OAB não é compatível com a entidade, que é autônoma e independente.

No mesmo sentido, assim já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça (EREsp nº 503.252/SC):²⁴

1. Embora definida como autarquia profissional de regime especial ou sui generis, a OAB não se confunde com as demais corporações incumbidas do exercício profissional.
2. As contribuições pagas pelos filiados à OAB não têm natureza tributária.
3. O título executivo extrajudicial, referido no art. 46, parágrafo único, da Lei nº 8.906/94, deve ser exigido em execução disciplinada pelo Código de Processo Civil, não sendo possível a execução fiscal regida pela Lei nº 6.830/80.

²⁴ Fonte: *DJ*, p. 181, 18 out. 2004.

4. Não está a instituição submetida às normas da Lei n.º 4.320/64, com as alterações posteriores, que estatui normas de direito financeiro dos orçamentos e balanços das entidades estatais.
5. Não se encontra a entidade subordinada à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, realizada pelo Tribunal de Contas da União.

Especificamente no que concerne à natureza distinta entre as contribuições recolhidas pela Ordem dos Advogados do Brasil e aquelas cobradas pelos demais conselhos profissionais, cabe mencionar a decisão do Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 1.074.932:²⁵

As anuidades dos conselhos profissionais, à exceção da OAB, têm natureza tributária e, por isso, seus valores somente podem ser fixados nos limites estabelecidos em lei, não podendo ser arbitrados por resolução e em valores além dos estabelecidos pela norma legal.

Portanto, a Ordem dos Advogados do Brasil não pode ser comparada aos demais conselhos profissionais, exatamente porque é a única instituição de caráter corporativo cuja existência encontra expressa previsão constitucional²⁶ e que detém, dentre outras, a função de fiscalizar o próprio Estado. Daí decorre o regime especial a que se submete a Ordem dos Advogados do Brasil.

Por sua vez, os demais conselhos profissionais são criados por lei para exercerem função administrativa que a Constituição atribuiu à União. Não havendo previsão constitucional a respeito de sua existência, os conselhos profissionais não podem suplantar o regime que a própria Constituição reservou às pessoas jurídicas criadas por lei para executar funções estatais típicas. Consequentemente, só podem executar tais funções, aí incluída a fiscalização de profissões regulamentadas, caso sejam criados como pessoas jurídicas de direito público para fins de descentralização administrativa e, como tal, devem submeter-se a todas as regras constitucionais aplicáveis às entidades dessa natureza.

²⁵ Fonte: *Dje*, 05 nov. 2008.

²⁶ Arts. 93; 103; 103-B; 129; 130-A; e 132 da Constituição de 1988.

Foi nesse sentido que se manifestou o Superior Tribunal de Justiça por ocasião do julgamento do REsp nº 507.536/DF,²⁷ cuja ementa segue abaixo:

1. A atividade de fiscalização do exercício profissional é estatal, nos termos dos arts. 5º, XIII, 21, XXIV, e 22, XIV, da Constituição Federal, motivo pelo qual as entidades que exercem esse controle têm função tipicamente pública e, por isso, possuem natureza jurídica de autarquia, sujeitando-se ao regime jurídico de direito público. Precedentes do STJ e do STF.
2. Até a promulgação da Constituição Federal de 1988, era possível, nos termos do Decreto-Lei 968/69, a contratação de servidores, pelos conselhos de fiscalização profissional, tanto pelo regime estatutário quanto pelo celetista, situação alterada pelo art. 39, caput, em sua redação original.
3. O §1º do art. 253 da Lei n. 8.112/90 regulamentou o disposto na Constituição, fazendo com que os funcionários celetistas das autarquias federais passassem a servidores estatutários, afastando a possibilidade de contratação em regime privado.
4. Com a Lei n. 9.649/98, o legislador buscou afastar a sujeição das autarquias corporativas ao regime jurídico de direito público. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, na ADI n. 1.717/DF, julgou inconstitucional o dispositivo que tratava da matéria. O exame do §3º do art. 58 ficou prejudicado, na medida em que a superveniente Emenda Constitucional n. 19/98 extinguiu a obrigatoriedade do Regime Jurídico Único.
5. Posteriormente, no julgamento da medida liminar na ADI n. 2.135/DF, foi suspensa a vigência do caput do art. 39 da Constituição Federal, com a redação atribuída pela EC n. 19/98. Dessa forma, após todas as mudanças sofridas, subsiste, para a administração pública direta, autárquica e fundacional, a obrigatoriedade de adoção do regime jurídico único, ressalvadas as situações consolidadas na vigência da legislação editada nos termos da emenda declarada suspensão.
6. As autarquias corporativas devem adotar o regime jurídico único, ressalvadas as situações consolidadas na vigência da legislação editada nos termos da Emenda Constitucional n. 19/97.
7. Esse entendimento não se aplica a OAB, pois no julgamento da ADI n. 3.026/DF, ao examinar a constitucionalidade do art. 79, §1º, da Lei n. 8.906/96, o Excelso Pretório afastou a natureza autárquica dessa entidade, para afirmar que seus contratos de trabalho são regidos pela CLT.
8. Recurso especial provido para conceder a segurança e determinar que os impetrados, com exceção da OAB, tomem as providências cabíveis para a implantação do regime jurídico único no âmbito dos conselhos de fiscalização profissional, incidindo no caso a ressalva contida no julgamento da ADI n. 2.135 MC/DF.

Portanto, ressalvada a Ordem dos Advogados do Brasil, que o Supremo Tribunal Federal reconheceu como um “serviço público

²⁷ Fonte: *Dje*, 06 dez. 2010.

independente”, todos os demais conselhos profissionais devem ser vinculados à Administração direta por meio de algum dos seus órgãos.

Porém, é importante ressaltar que isso não significa que os atuais conselhos profissionais tenham sido automaticamente transformados em entidades autárquicas após o advento da Constituição de 1988. Como visto, o regime constitucional anterior, desde a Constituição de 1937, autorizava a delegação de funções típicas de Estado para associações profissionais privadas, permissão essa que não foi renovada pela Carta de 1988. Portanto, a promulgação da Constituição cidadã não transformou as associações profissionais então existentes em autarquias, até porque foi garantida a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a interferência estatal em seu funcionamento (art. 5º, incisos XVII e XVIII, CRFB).²⁸ Mais que isso, a Constituição vigente dispõe que as associações só podem ser dissolvidas mediante decisão judicial transitada em julgado (art. 5º, inciso XIX, CRFB).²⁹ Portanto, a conclusão de que a Constituição de 1988 teria convertido associações profissionais privadas em autarquias seria absolutamente contraditória com os dispositivos constantes nos incisos XVII, XVIII e XIX do art. 5º da própria Carta constitucional. A conclusão correta é que não foram recepcionadas as leis anteriores que delegavam atribuições típicas de Estado para conselhos profissionais constituídos sob a forma de associações profissionais de caráter privado.

Nessa linha de raciocínio, conclui-se que a lei não pode transformar em autarquias os conselhos profissionais que foram constituídos sob a forma de associações privadas, ainda que se trate de entidade que exercia funções delegadas do Estado, pois isso significaria violação direta ao inciso XVIII do art. 5º da Constituição, que veda a intervenção estatal sobre o seu funcionamento. Obviamente, isso não significa que tais entidades possam continuar executando funções típicas de Estado. Qualquer lei anterior à Constituição de 1988 que assim dispusesse não poderia ser recepcionada pela atual ordem jurídica.

Por fim, é relevante destacar que não há obrigatoriedade de criar um conselho corporativo sempre que uma profissão for regulamentada.

²⁸ Art. 5º [...] XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar; XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento.

²⁹ Art. 5º [...] XIX - as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado.

Quando a descentralização administrativa não se mostrar conveniente, a atividade de fiscalização do exercício de atividades profissionais pode ser exercida pela Administração direta, mais especificamente pelo Ministério do Trabalho e Emprego. A instituição de autarquia para tal finalidade depende da avaliação da sua efetiva necessidade em cada caso, considerando os custos inerentes à descentralização administrativa.

Conclusão

Os conselhos profissionais criados com natureza de associações privadas não podem exercer funções estatais típicas, devendo ser consideradas como não recepcionadas pela Constituição de 1988 todas as leis anteriores que lhes tenham delegado competência para fiscalização do exercício de profissões regulamentadas ou fiscalizar e arrecadar tributos. Caso se mostre conveniente a descentralização administrativa das atividades de fiscalização de profissões regulamentadas, devem ser constituídas entidades autárquicas especificamente para esse fim, mediante lei de iniciativa do Presidente da República. A essas entidades deve ser integralmente aplicado o regime jurídico que a Constituição reservou às pessoas jurídicas de direito público integrantes da Administração indireta.

Referências

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de direito administrativo: parte geral, intervenção do Estado e estrutura da Administração*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2009.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. A natureza jurídica dos conselhos fiscais de profissões regulamentadas. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1211, 25 out. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9082>>. Acesso em: 04 abr. 2012.
- SOARES, Letícia Junger de Castro Ribeiro. Natureza jurídica dos conselhos e ordens de fiscalização profissional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1211, 25 out. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9083>>. Acesso em: 04 abr. 2012.